

J.C. Fernández Rozas, Derecho sancionador de extranjería y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales”, *Extranjería e inmigración en España y la Unión Europea*, Madrid, Colección Escuela Diplomática, nº 3, 1998, pp. 31-50. D.L. M-4762-7-1998.

Derecho sancionador de extranjería y protección judisiccional de los derechos fundamentales

José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Complutense de Madrid

1. La Ley y el Reglamento de Extranjería determinan unos cauces de protección jurisdiccional en relación con los derechos de los extranjeros vulnerados por la Administración, que cuenta con unos poderes amplísimos en orden a la sanción por el incumplimiento de las normas de extranjería (arts. 25 a 28 LEx)¹ y que se traduce en una actividad sancionadora susceptible de los oportunos recursos. A partir de aquí nos encontramos con una serie de procedimientos de naturaleza administrativa, pues son iniciados, instruidos y finalizados por una autoridad administrativa, que no tienen ninguna característica especial, toda vez que de conformidad con el art. 29.2º LEx

¹. Estos preceptos suponen, sin embargo, una notable mejora de la situación anterior, caracterizada por la más absoluta discrecionalidad y de lo que era una muestra expresiva el Decreto 522/1974, de 14 de febrero. Dicha disposición, sin embargo, no pudo resistir la incidencia de los valores establecidos por la C.E. de 1978, como pusiera de relieve la Sent. T.S. (Sala 4ª) de 3 de julio de 1980 (*RAJ*, 1980, nº 3434 y nota de Mª P. Andrés Sáenz de Santa María, *REDI*, vol. XXXIV, 1982, pp. 161-165) y, de forma contundente la Resolución del Juzgado de Instrucción de Madrid nº 3 de setiembre de 1981, en un supuesto de expulsión de extranjeros, cuyo texto fue muy utilizado en los primeros comentarios al desarrollo constitucional: “... el referido Decreto ha de estimarse de forma indubitada derogado y dejado sin efecto por la Constitución, que en su art. 25.3º establece, en los términos más amplios, que la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen la privación de libertad, lo que abarca tanto al arresto sustitutorio acordado por la Administración como a un ingreso en prisión llevado a cabo a efectos de cumplimentar una orden ejecutiva legítima (J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas*, Madrid, Tecnos 1983, p. 73). Sobre el régimen anterior a la Ley Vid. J.F. López-Font Márquez, “Procedimiento administrativo sancionador y Derecho de extranjería”, *REDA*, nº 38, 1983, pp. 435 ss.; J.L. Nieto Palomo, “La expulsión de extranjeros: sus garantías en el Derecho español”, *DA*, nº 193, 1982, pp. 141-186; *id.*, “La expulsión de extranjeros: aportaciones jurisprudenciales a su regulación legal”, *Boletín de Documentación del Ministerio del Interior*, nº 91, 1983, pp. 23 ss.

“las resoluciones gubernativas adoptadas en relación a los extranjeros habrán de dictarse y notificarse con los requisitos exigidos por la LPA”. Asimismo, los recursos pertinentes contra dichas resoluciones poseen naturaleza administrativa, con independencia de los recursos jurisdiccionales oportunos; en concreto, el recurso contencioso-administrativo ordinario, que se erige como la pieza maestra del sistema: no en vano el art. 102 del REx remite al Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y al Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por R.Decreto 1.398/1993, de 4 de agosto. Y, junto a este mecanismo, y con idéntica naturaleza administrativa, se encuentra el recurso especial previsto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, cuya operatividad, en el particular sector que acaba de describirse, es el objetivo principal de la presente colaboración. Debe tenerse presente, no obstante, que el procedimiento regulador del referido recurso ha experimentado una modificación singular como consecuencia de la entrada en vigor (aún no producida en el momento en que se escriben estas líneas) de la Ley 29/1988, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que deroga los arts. 6, 7, 8, 9 y 10 de la Ley 62/1978 e incorpora en esta materia un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona en sus arts. 114 a 122.

2. Resulta oportuno indicar, con carácter previo, que el Ministerio del Interior posee un papel protagonista en la aplicación de las normas de extranjería a través de la Dirección General de Policía, cuya misión es dirigir, organizar y controlar el cumplimiento de lo dispuesto en materia de extranjería². Pero ésta no es la única autoridad implicada en el sector, con lo cual la variedad de actos administrativos se incrementa muy sensiblemente ofreciendo una rica problemática. Sin ir más lejos, ocupa una relevancia especial, en orden a la propuesta y aplicación de la política de inmigración y asilo, en especial la gestión en la expedición, la Subdirección General de Asuntos de Extranjería del Ministerio de Asuntos Exteriores; asimismo el Ministro de Defensa, cuando las circunstancias así lo aconsejen, puede proponer al Gobierno el cierre con carácter temporal o indefinido de los pasos habilitados para la entrada y salida de España en supuestos de estado de sitio o en los que lo requiera la Defensa Nacional (art. 3.1º, a REx) y tal iniciativa puede correr a cargo del Ministro del Interior en otra serie de casos como, entre otros, los de declaración de los estados

². Dicha función corresponde a la Comisaría General de Extranjería y Documentación, en concreto, la organización y la gestión “de los Pasaportes y de las Tarjetas de Extranjeros; el control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros, y, en general, el régimen policial de extranjería; refugio y asilo, e inmigración [art. 3.4º, d) del R.Decreto 1885/1996, de 2 de agosto].

de alarma y excepción (art. 3.1º, b) o, conjuntamente con el Ministro de Sanidad, en casos de epidemia (art. 3.1º, c). También, y con carácter menos excepcional, el Ministerio y Trabajo y Asuntos Sociales posee importantes atribuciones para la expedición de visados y para la concesión de los permisos de trabajo y lo propio ocurre con el Ministerio de Educación y Cultura, a través de la Dirección General de Enseñanza Superior, en orden a la homologación de títulos extranjeros. Ello sin olvidar al Instituto Español de Emigración o a los Gobernadores civiles y Delegados del Gobierno, que han recibido importantes funciones delegadas del propio Ministerio del Interior³ y, en relación con las sanciones laborales que pueden imponerse a los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros, en reposición al propio Consejo de Ministros. Dicho Consejo tiene también la facultad, a propuesta del Ministerio del Interior y previo informe del de Asuntos Exteriores de acordar la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros (art. 8 LEx).

Se observa así una intervención administrativa de lo más variado que se traduce en actos cuyo control requiere diversas instancias jurisdiccionales. Ni que decir tiene que tal diversidad de autoridades competentes en materia de extranjería, que sólo hemos esbozado⁴, precisa una coordinación de la actuación administrativa de los distintos Departamentos ministeriales competentes, que ha querido asegurarse a través de la denominada “Comisión Interministerial de Extranjería”, creada por R. Decreto 511/1992, de 14 de mayo, pero que no ha conseguido desentrañar toda la maraña burocrática que caracteriza a este especial sector, como tampoco lo ha conseguido el denominado “Foro para la integración de los inmigrantes”, creado por el R. Decreto 490/1995, de 7 de abril en calidad de órgano consultivo adscrito al extinto Ministerio de Asuntos Sociales y en la actualidad a la Dirección General de Trabajo y Migraciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

³. El R. Decreto 1521/1991, de 11 de octubre creó las “Oficinas de Extranjeros” dependientes de los Delegados del Gobierno y Gobernadores Civiles con el objetivo de asegurar la aplicación coherente y coordinada de la política de extranjería y de facilitar las gestiones administrativas de los extranjeros en España. Asimismo, el art. 7.4º R. Decreto 494/1994, de 17 de marzo, establece que “Corresponderá a los Gobiernos Civiles y Delegaciones del Gobierno en Ceuta y Melilla el ejercicio de las atribuciones administrativas que, en materia de expulsión e imposición de sanciones pecuniarias a extranjeros se atribuyen” a los órganos del Ministerio de Interior en la LEx y en el REx.

⁴. Vid. F. Alonso Pérez, *Régimen jurídico del extranjero en España*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pp. 57-73. Acerca de las potestades de la Administración en la aplicación de la legislación de extranjería Vid. J.J. González Rivas, *Extranjería y libre circulación de personas*, Granada, Comares, 1995, pp. 11-19.

3. Este conjunto actos administrativos en el ámbito de la extranjería⁵, que conforman el denominado Derecho sancionador de extranjería, presentan una serie de notas comunes⁶ a partir de un postulado general que se recoge en el art. 29.1º LEx al establecer que “los extranjeros gozarán en España de la protección y garantías establecidas en la Constitución y en las leyes” y al determinar el art. 34 LEx que “las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes”. Dichas notas se derivan directamente de los principios del procedimiento sancionador aplicables a la actividad sancionadora de la Administración en orden a la satisfacción de los valores contenidos en los arts. 9 y 24 CE. De forma sumaria cabe tener en cuenta lo siguiente.

En primer lugar, las resoluciones que se pronuncien en orden al régimen de entrada, permanencia, trabajo, salida o expulsión de los extranjeros deben de estar motivadas, toda vez que si, de conformidad con el art. 103 CE, la Administración ha de servir con objetividad los intereses generales, dicha objetividad únicamente puede lograrse motivando sus actos y para ello puede solicitar los informes que estime necesarios⁷; con lo cual preceptos como el establecido en el art. 12.3º *in fine* LEx,

⁵. La Sent. T.S. (Sala 5ª) de 21 de abril de 1987 (*RAJ*, 1987, nº 2986) rechazó la calificación como “acto político” de una orden de expulsión individual de un extranjero admitiendo el recurso contra dicha orden.

⁶. Con carácter general resulta de gran interés el volumen monográfico editado por el CGPJ, “Derecho administrativo sancionador”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994; interés que debe extenderse, en la materia que estamos examinando, al estudio C.M. Montero Elena, “Legislación sobre extranjeros: infracciones y sanciones”, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1996, pp. 473-502, con importante soporte jurisprudencial. *Vid.*, asimismo, A. Domínguez Vila, *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, Madrid, M. Pons, 1997.

⁷. Así, la Sent. T.S. (Sala 5ª) de 10 de marzo de 1987 (*RAJ*, 1987, nº 1523) declaró la nulidad de una resolución que decretaba la expulsión de un extranjero porque el expediente sancionador se limitaba a reproducir literalmente los dos primeros supuestos tipificados en el art. 26.1º c) LEx. En la misma dirección, la Sent. T.S. (Sala 5ª) de 10 de abril de 1987 (*RAJ*, 1987, nº 2934), estableció una nulidad similar resaltando que el tenor del art. 29.3º LEx no exime a la Administración de prescindir de toda motivación en las resoluciones adoptadas en relación a los extranjeros. Por su parte, la Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 5 de diciembre de 1989 (*RAJ*, 1989, nº 8739) juzgó la procedencia de concesión de un permiso de trabajo por cuenta propia a un nacional chino para instalar un restaurante por cuanto el acto denegatorio no estaba suficientemente motivado. Asimismo, la Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 28 de febrero de 1990 (*RAJ*, 1990, nº 784) concedió un permiso de trabajo para el servicio doméstico por entender que la autoridad laboral que lo había denegado previamente no había justificado tal proceder pese a disponer de medios de información suficientes. Y, por citar un quinto ejemplo, la Sent. del T.S.J. de Palma de Mallorca de 7 de mayo de 1991 (*RGD*, enero-febrero 1992, pp. 885-886), entendió que debía considerarse una orden de expulsión nula por no figurar en el expediente la resolución motivada, que debía haberse trasladado al expediente para que pudiese formular alegaciones. Esta doctrina es reiterada hasta la saciedad: *Vid.*, entre las más recientes, Sent.

que afirma que la denegación de un visado no necesitará tener tal carácter, no resultan de recibo, como ha puesto de relieve certeramente el T.S. a través de una depurada doctrina que debe ser valorada muy positivamente⁸. Dicha motivación debe descansar, única y exclusivamente, en el acto administrativo motivo de impugnación, no pudiendo la Administración realizar tal función en el momento de contestación a la demanda, toda vez que la función revisora debe circunscribirse a la resolución recurrida⁹.

En segundo lugar, se trata de actos sometidos a la Ley de Procedimiento Administrativo por ser una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1º CE que protege a los extranjeros respecto de un procedimiento administrativo extendiendo las mismas garantías que rigen para los nacionales españoles¹⁰.

En tercer lugar, tales resoluciones deben dictarse con previa audiencia del

T.S. (Sala 3ª, Secc. 4ª) de 14 de abril de 1997, *RAJ*, 1997, nº 2862; Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 4ª) de 27 de mayo de 1997, *RAJ*, 1997, nº 4399; Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 4ª) de 3 de junio de 1997, *RAJ*, 1997, nº 5177.

⁸. Sent. T.S. (Secc. 3ª, Sala 4ª) de 24 de setiembre de 1991, *RAJ*, 1991, nº 6865. En el supuesto el Abogado del Estado no había realizado alegación alguna, limitándose a invocar el art. 12.3º LEx por entender que dicho precepto concede a la Administración una atribución discrecional en la concesión de visados, pudiendo ésta atender al interés del Estado en términos plenamente soberanos y discrecionales. Esta posición fue rechazada de plano por el T.S. (ponente: J. Rodríguez-Zapata y Pérez) que antepuso las exigencias formales del art. 43 LPA. En la misma dirección se encuentra la Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 4ª) de 1 de octubre de 1992 (*RAJ*, 1992, nº 7742), que consideró que la Administración había realizado una interpretación extensiva de una norma restrictiva del tenor del art. 12.3º *in fine* LEx, y que tal interpretación debía considerarse “contraria al ordenamiento al contravenir las normas y criterios de la hermenéutica jurídica. Ello tanto más cuanto que la ausencia de motivación restringe o limita las posibilidades de llevar a cabo una tutela judicial efectiva, pues en el caso de la revisión de los actos propia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dicha revisión se extiende a los fines de los actos afectados para cuyo conocimiento es criterio esencial el manifestado en la motivación” (ponente: M. Baena del Alcázar).

⁹. Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 23 de octubre de 1991, *RAJ*, 1991, nº 6963).

¹⁰. Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 4ª) de 13 de junio de 1991, *RAJ*, 1991, nº 5286; Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 4ª) de 24 de setiembre de 1991 (*RAJ*, 1991, nº 6865), ambas del mismo ponente J. Rodríguez-Zapata y Pérez. Cf. L. Parejo Alfonso, “El régimen de entrada de los extranjeros”, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, *op. cit.*, pp. 305-306. Debe recordarse que la Sent. T.C. 120/1991, de 3 de junio consideró que no se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en una denegación de una solicitud de colegiación de unos odontólogos argentinos, si bien el Magistrado E. Díaz Eimil emitió un voto particular discrepante (*BOE*, 8-VII-91, *RGD*, nº 564, 1991, pp. 7187-7191); *Vid.* M.I. Ramos Quintana, “Sobre la colegiación de los odontólogos argentinos y los requisitos para el ejercicio profesional de los extranjeros en España”, *REDT*, nº 53, 1992, pp. 469-480.

interesado, al cual debe notificársele la propuesta de resolución para que pueda atender a su defensa en el propio proceso administrativo y evitar los inconvenientes de tener que acudir al recurso contencioso¹¹. Se trata de una manifestación del derecho fundamental a ser informado de la acusación formulada, toda vez que el extranjero afectado por un acto administrativo sancionador no puede defenderse de algo que desconoce. La notificación de las resoluciones gubernativas debe realizarse de conformidad a los requisitos exigidos por LPA (art. 29.2º LEx).

En cuarto lugar, opera en este sector la presunción de inocencia, establecido en el art. 24.2º CE, que conforma un derecho fundamental vinculante para todos los poderes públicos y, por lo tanto, extensivo al ámbito del Derecho administrativo sancionador, tal y como establece el art. 137.1º LRJAP-PAC. De esta suerte la Administración debe probar fehacientemente los hechos que determinan la medida sancionadora contra el extranjero¹². Para que esta circunstancia sea apreciada en vía jurisdiccional dichos hechos han de dilucidarse no desde una perspectiva de pura legalidad ordinaria, sino vinculándolos a la vulneración directa de alguno de los derechos fundamentales contemplados en el art. 1 la Ley 62/1978¹³, a los que más adelante nos referiremos.

Por último, si se trata de extranjeros retenidos o confinados, éstos deben contar con asistencia letrada de oficio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 17.3º CE,¹⁴ y de un traductor si no conocieren el castellano (art. 30.2º LEx). La Ley 1/1996, de 10 de enero reguladora del derecho a la asistencia jurídica gratuita extiende este beneficio a los nacionales de la Unión Europea y a los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en España cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar (art. 2,a), pero guarda silencio sobre la situación de los extranjeros que no residan legalmente en España. Se trata de una ausencia polémica que se ha manifestado durante los trámites parlamentarios que precedieron a la Ley, como en la actualidad¹⁵, toda vez que esta cuestión está sometida a un recurso de

¹¹. Sent. T.C. 29/1989, de 6 de febrero, *RTC*, 1989, nº 29; Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 2 de octubre de 1991, *RAJ*, 1991, nº 7619; Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 10 de marzo de 1992, *RAJ*, 1992, nº 1743.

¹². Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 29 de mayo de 1991, *RAJ*, 1991, nº 4222; Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 30 de enero de 1993, *RAJ*, 1993, nº 416; Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 16 de febrero de 1993, *RAJ*, 1993, nº 989.

¹³. Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 30 de abril de 1993, *RAJ*, 1993, nº 2875.

¹⁴. Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 16 de febrero de 1993, *RAJ*, 1993, nº 989; Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 1 de junio de 1993, *RAJ*, 1993, nº 4487.

¹⁵. *Vid.* las certeras críticas vertidas sobre esta restricción, tanto más relevantes por provenir de

constitucionalidad con claras posibilidades de éxito.

La primera de estas reglas registra una excepción cuando se trate de circunstancias cuyo conocimiento ponga en peligro la seguridad del Estado. Además, el procedimiento de expulsión en los expedientes que se consideren muy graves [art. 26.1ª a), b), c) y d) LEx] requiere que éstos se tramiten con urgencia y carácter preferente y, si de las investigaciones puede desprenderse la necesidad de expulsión, se conceden al interesado 48 horas para que alegue lo que considere más oportuno, resolviéndose y ejecutándose de forma inmediata (art. 30.2º LEx)¹⁶.

4. El procedimiento administrativo sancionador¹⁷ en el particular sector que estamos estudiando, el cual debe sujetarse al principio de legalidad y garantizar el derecho de defensa de la persona contra la que se instruye expediente, de conformidad con el art. 24 CE, concluye con una resolución a cargo del órgano competente que ha realizado las actuaciones. Caso contrario, transcurridos tres meses desde la iniciación del procedimiento (art. 42.2º LRJAP-PCA), se iniciará el cómputo del plazo de caducidad concluido el cual el interesado podrá requerir del órgano competente certificación acreditativa de que el procedimiento ha caducado y de que las actuaciones han sido archivadas (art. 43.4º)¹⁸.

El estudio de las medidas sancionadoras en materia de extranjería refleja, en

miembros de una institución, el Ministerio Fiscal, que han adquirido una notable relevancia a partir de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1994 acerca de su intervención en relación a determinadas situaciones de los extranjeros en España: M. Heredia Hernández y C. Fábrega Ruíz, *Medidas cautelares en el Derecho de extranjería*. Madrid, Colex, 1997, p. 14. Vid., asimismo, G. Muñoz Álvarez, "La nuevas normas de asistencia jurídica gratuita", *Actualidad Aranzadi*, nº 270, 1996, pp. 5-6 y M. Aguilar Benítez de Lugo, "La asistencia judicial gratuita en Derecho internacional privado", *BIMJ*, nº 1805, 1997, pp. 887-1925.

¹⁶. El incumplimiento del trámite de notificación, en este caso, privando al interesado del plazo de las 48 para que alegue lo que considere oportuno, deja sin efecto la sanción recurrida: Sent. A.N. de 27 de setiembre de 1990 (*RGD*, nº 555, 1990, pp. 9126-9128). Vid. M. Moya Escudero, "La expulsión de extranjeros del territorio nacional: dudosa garantía de los derechos fundamentales", *La Ley*, nº 1370. 1986, pp. 1-8. Un supuesto similar se recoge en la Sent. del T.S.J. de Palma de Mallorca de 7 de mayo de 1991 (*RGD*, 1992, pp. 885-886).

¹⁷. Vid. A. Carretero Pérez y A. Carretero Sánchez, *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 223 ss.

¹⁸. Vid. E. García-Trevijano Garnica, "Silencio administrativo, términos y plazos", *Administraciones Públicas y ciudadanos*, Barcelona, Praxis, 1993, pp. 359-360 y 384.

primer término, su gran diversidad por lo que resulta difícil realizar una redacción exhaustiva y completa. Cabe retener, en segundo término, que las sanciones pecuniarias que afectan al patrimonio del transgresor, esto es, las multas, no presentan un papel protagonista en el sector, pese a contemplarse expresamente en la LEx y en el REx, ni ofrecen una especial especificidad; en consecuencia, debemos remitirnos al régimen general del Derecho administrativo sancionador. En cualquier caso, se registra en esta materia una especial tensión entre la imaginación de la Administración para la utilización de medidas represivas contra el transgresor de las normas de extranjería y el debido respeto a los derechos de la persona reconocidos en la Constitución y en los Tratados internacionales. Ello al margen de que operan aquí los principios rectores de la potestad sancionadora de la Administración contenidos en los arts. 127 a 138 LRJAP-PAC (legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, prescripción y *ne bis in idem*)¹⁹.

Los supuestos más frecuentes de esta actividad sancionadora en relación con las normas de extranjería son, en primer lugar, aquéllos actos administrativos que rechazan las pretensiones de los extranjeros de gozar de una situación legal en España²⁰ o de la posibilidad de ejercicio de determinadas actividades por cuenta ajena. Siguiendo un orden sucesivo de los diversos escalones que el Derecho de extranjería español impone cumplimentar para alcanzar tal objetivo se encuentran, en un primer momento, aquéllos actos administrativos procedentes tanto de los Gobernadores Civiles como, en su caso, de los Delegados del Gobierno, denegando las solicitudes de exención del visado; y, junto a éstos, los emanados del Ministerio de Asuntos Exteriores (en la actualidad a través de la Subdirección General de Asuntos de Extranjería) rechazando la propia solicitud del visado. Junto a esta actividad denegatoria nos hallamos ante un conjunto de resoluciones emanadas de los Gobernadores Civiles o, en su caso, Delegados del Gobierno, rechazando las solicitudes de autorización de residencia o del documento unificado, que incluye el permiso de trabajo y de residencia, en función de las circunstancias particulares que concurren en los solicitantes; e, íntimamente vinculadas, se encuentran las resoluciones de las Delegaciones Provinciales de Trabajo y de Seguridad Social denegando las solicitudes de permiso de trabajo; por último, y tras un trámite de mayor complejidad previsto en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del

¹⁹. Vid. C. Chinchilla Marín, “Potestad sancionadora de las Administraciones Públicas”, *ibid.*, pp. 752-776.

²⁰. Por ser expresiva de la mentalidad de los funcionarios encargado de su tramitación resulta útil la comunicación de J.M. Paz Agüeras, “Tipología y procedimiento de obtención de los visados y permisos de residencia en España”, *Jornadas sobre nacionalidad y extranjería*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1994, pp. 133-152 y el informe de R. García Oliver, “Derechos laborales de los trabajadores extranjeros”, *Derecho de extranjería, asilo y refugio...*, *op. cit.*, pp. 409-444.

Derecho de asilo y de la condición de refugiado, nos encontramos con las resoluciones del Ministerio del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial prevista en el art. 6 de dicha Ley. Mas la actividad denegatoria no concluye aquí, pues a su lado debe acompañarse en capítulo de la oposición por parte de determinados Colegios Profesionales a la colegiación de extranjeros, que ha dado lugar a una abundante y rica conflictividad, sobre todo por la confluencia en los criterios decisorios de distintos niveles de extranjería (visado, permiso de trabajo, homologación, etc...) ²¹ y tras la entrada en vigor de las normas sobre libertad de establecimiento comunitarias ²², y donde los intereses corporativos no han conseguido, en términos generales, sus objetivos restrictivos merced a la acción de nuestros Tribunales de Justicia.

Al lado de este conjunto de actos que ofrecen ciertas notas comunes, el Derecho de extranjería formula, en segundo lugar, una medida sancionadora de extraordinaria efectividad y de contenido complejo: la expulsión del extranjero del territorio nacional. Se trata de una institución que ofrece perfiles propios en el Derecho administrativo sancionador español y que, en virtud de la extremada dureza de las normas españolas de extranjería, ha dado lugar a una abrumadora práctica, tanto en el ámbito del procedimiento administrativo como en el propio contencioso, que obliga a un estudio muy preciso de la misma. No en vano nos encontramos ante la medida sancionadora estelar en la materia que estamos examinando y donde la ya referida tensión entre los intereses del Estado y la adecuada protección de los derechos de la persona humana adquiere toda su eficacia al entrañar la compulsión sobre las personas.

Un tercer bloque de actos administrativos sancionadores de las infracciones al Derecho de extranjería, pese a poseer en ocasiones una importante entidad, no ofrece particularidades específicas en relación con el régimen general. Nos referimos, por ejemplo, al apuntado ámbito de las sanciones pecuniarias impuestas como consecuencia de entradas ilegales en España ²³, o de estancia ilegal, y que afectan

²¹. Vid. la ya referida Sent. T.C. 120/1991, de 3 de junio (BOE, 8-VII-91), y el voto particular de E. Díaz Eimil.

²². Vid. J.C. Fernández Rozas, "El acceso de los extranjeros al ejercicio de la profesión", *Profesiones técnicas y Derecho*, Oviedo, Col. Ing. Téc. O.P. del Principado de Asturias, 1985, pp. 51-106.

²³. No obstante la Sent. T.S. (Sala 4ª) de 15 de junio de 1982 (RAJ, 1982, nº 4795), consideró que la sanción no era procedente por tratarse de un supuesto de fuerza mayor al tratarse del desembarco de un extranjero cuyo estado se presumía grave (Vid. la nota de I. Miláns del Bosch Portolés, *REDI*, vol. XXV, 1983, p. 483). Por su parte, la Sent. T.S. (Sala 4ª) de 25 de enero de 1983 (RAJ, 1983, nº 306) no consideró responsable a la Compañía naviera sancionada por la Administración en un caso de desembarque y subida a bordo de extranjeros sin cumplimentar los trámites legales pertinentes, entendiendo que la conducta sólo es

tanto a extranjeros incursos en dicha situación, como a españoles, personas físicas o jurídicas, por ocupar trabajadores sin el correspondiente permiso de trabajo. Ahora bien, en este último caso, para que prospere una sanción laboral es menester que se sujete a los principios de legalidad y de tipicidad y así se ha dejado sin efecto una multa impuesta a unos empresarios españoles por emplear a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, basada en el art. 28.1º LEx, por considerar que el art. 57 ET, al que dicho precepto remite, carece de rango legal por haber sido declarado inconstitucional²⁴. En otras ocasiones, y en función de las circunstancias del caso, se ha reducido sensiblemente la sanción impuesta a los empresarios apreciando circunstancias tales como el número de trabajadores extranjeros empleados, su nacionalidad y las actividades a las que se dedica la empresa infractora²⁵. Frente a estos planteamientos se ha considerado que las multas impuestas como consecuencia de las infracciones contenidas en el art. 25.2º LEx (desarrollado por el art. 75.2º REx) no vulneran el principio de legalidad por no existir una remisión a la potestad reglamentaria para la imposición de sanciones²⁶.

Por último, al lado de las sanciones pecuniarias, debemos referirnos a la impugnación de las resoluciones que afectan a los derechos de representación en elecciones municipales (art. 23.2º CE), tras la reforma del art. 13.2º CE realizada al efecto, que no ofrecen ninguna especialidad por el hecho de que quien solicite las garantías judiciales del sufragio activo y pasivo sea un extranjero²⁷, o a aquellas que desbordan el ámbito de la competencia exclusiva del Estado que caracteriza a este sector (art. 149.1º.2 CE), y que deben declararse nulas²⁸.

imputable personalmente a su contraventor y no puede ser trasladada a la empresa donde presta sus servicios (Vid. la nota de P.P. Miralles Sangro, *REDI*, vol. XXVIII, 1986, pp. 189-193).

²⁴. Así lo entendió la Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 20 de diciembre de 1991 (*RAJ*, 1991, nº 9466), aplicando la doctrina que declaró la inconstitucionalidad de referido precepto sentada por la Sent. T.C. 207/1990, de 17 de diciembre (*BOE*, 10-I-90) y Sent. T.C. 40/1991, de 25 de febrero de 1991 (*BOE*, 27-III-1991).

²⁵. Sent. A.N. de 30 de mayo de 1991, *RGD*, 1991, pp. 91196-9198.

²⁶. Sent. T.S.J. de Canarias de 25 de setiembre de 1990, *RGD*, 1991, pp. 11028-11029.

²⁷. El régimen de los recursos que pueden interponer los extranjeros son, en efecto, los generales que contempla la LOREG. Vid. en general, M.F. Massó Garrote, *Los derechos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Madrid, Colex, 1997, pp. 360-364 y la bibliografía allí citada.

²⁸. La Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 4ª) de 10 de junio de 1991 (*RAJ*, 1991, nº 4992) declaró la nulidad de un Acuerdo adoptado por la Alcaldía del Ayuntamiento de Melilla, ratificado por la Comisión Municipal del Gobierno, que estableció un límite temporal a la asistencia en los servicios sociales del Ayuntamiento a los extranjeros en posesión de la "Tarjeta Estadística", por considerar que los extranjeros poseen los derechos incluidos en los arts. 13, 15 y 43 CE, entre ellos el derecho a la vida, a la integridad física y el de protección a la salud sea cual fuere su situación en territorio español y que su reconocimiento corresponde declararlo a la Administración del Estado (art. 149.1º.2 CE).

5. Estos actos administrativos, derivados de la potestad sancionadora de la Administración están subordinados a su control posterior por parte de la autoridad judicial. No obstante, al margen de los eventuales problemas de competencia objetiva, que en el Derecho sancionador de extranjería no ofrecen especificidades propias salvo las derivadas de su pertenencia a la competencia exclusiva del Estado²⁹, debe tenerse presente que, en particular, las decisiones administrativas que decretan la expulsión de un extranjero, presentan una extraordinaria complejidad en orden a los recursos que pueden interponerse contra ellos, tanto ante la vía contencioso-administrativa ordinaria, como ante la que ofrecía la Ley 62/1978 (y en el futuro los arts. 114 ss. de la LRJCA de 1998) y esta complejidad se evidencia en una jurisprudencia muy copiosa y muy bien construida en términos generales³⁰.

Con carácter previo, sin embargo, debe hacerse referencia a los recursos contra las resoluciones administrativas sancionadoras que, de conformidad con los arts. 34 y 35 LEx, pueden interponerse tanto fuera como dentro de España. Naturalmente si éstos se sustancian en vía administrativa se produce la suspensión

²⁹. Por tanto el órgano competente principal en la materia es la A.N. (art. 66 LOPJ) y, en su caso, los Tribunales Superiores de Justicia (art. 74 LOPJ), al margen de las atribuciones de la Sala de lo Contencioso-administrativo del T.S. (art. 58 LOPJ). Vid. J. Gabaldón, "La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Sus competencias", *Actualidad Administrativa*, nº 48, 1996, pp. 1035 ss.; V. Gimeno Sendra, "La Audiencia Nacional y el Control de la vida pública", *La Ley*, nº 4224, 1997, pp. 1-5. Como pusiera de relieve la Sent. T.C. 114/1994, de 14 de abril (ponente: J.D. González Campos), "El art. 74.1º.a) LOPJ atribuye a los T.S.J. competencia para conocer de los recursos directos contra disposiciones reglamentarias estatales salvo cuando los recursos estén atribuidos a los órganos judiciales del mismo orden jurisdiccional, como es el caso del T.S. según el art. 58.1º y la A.N. conforme al art. 66, ambos LOPJ, de donde resulta con claridad que corresponde a los T.S.J. el conocimiento de los recursos directos contra disposiciones reglamentarias dictadas por órganos de rango inferior a Secretario de Estado" (*La Ley, Rep.* 1194-I, nº 1365).

³⁰. Aunque resulte discutible la selección realizada, por no ofrecer una auténtica visión de las principales líneas jurisprudenciales, y de lamentar la escasez de valoraciones personales, resulta de utilidad el trabajo de M. Trenzado Ruíz, "Aplicación de la Ley de Extranjería por los Tribunales", *Derecho de extranjería en España. Regulación jurídica, práctica administrativa y judicial*, Madrid, UNED, 1995, pp. 147-181; con una mayor aportación personal Vid. J.J. González Rivas, "La normativa de extranjería y su conexión con la jurisdicción contencioso-administrativa", *Jornadas sobre nacionalidad y extranjería, op. cit.*, pp. 219 ss, esp. pp. 312-324. En cualquier caso, debe resaltarse una valoración global muy positiva de la jurisprudencia de nuestros Tribunales que no hace sino continuar la línea marcada por la generada tras la entrada en vigor de la CE de 1978 hasta la aparición de la LEx: una visión general de este período se encuentra en J.J. Olivares D'Angelo, "Algunas observaciones sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la condición jurídica del extranjero", *REDI*, 1984, pp. 103-121; M.C. Aprell Lasagabaster, "Expulsión de extranjeros y control de la discrecionalidad administrativa", *RAP*, nº 114, 1987, pp. 254 ss. Un estudio sistemático de valor se encuentra en el estudio de I. Borrajo Iniesta, "El status constitucional de los extranjeros", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Madrid, Civitas, 1991, pp. 697-766.

automática del efecto administrativo del acto impugnado, toda vez que el art. 138.3º de la Ley 30/1992, RJAP-PAC establece que la sanción no podrá ser ejecutada en tanto no se dicte la correspondiente resolución que ponga fin a la vía administrativa. Ello nos conduce al apartado de las medidas cautelares que puede decretar la Administración para asegurar el cumplimiento efectivo de la referida sanción³¹.

Al respecto conviene tener presente que el derecho a la tutela judicial efectiva establecido por el art. 24 CE a su aplicación tanto a nacionales como a extranjeros condujo a la Sent. T.C. 115/1987 de 7 de julio a declarar inconstitucional el art. 34 LEx en lo referente a que en los recursos relativos a las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros en ningún caso podría acordarse su suspensión. Sin entrar a valorar el conjunto de la jurisprudencia constitucional en orden a la suspensión de los actos administrativos (y dejando a un lado el estudio de la suspensión en el recurso de amparo constitucional), sí parece oportuno poner de relieve la doctrina sentada por la Sent. T.C. 78/1996, de 20 de mayo que entiende que durante la tramitación de la pieza separada de suspensión la Administración queda imposibilitada para ejecutar el acto impugnado. De acuerdo con el T.C. la ejecución de una sanción disciplinaria sin esperar su firmeza, sin haberse resuelto un recurso de reposición y sin atender a la solicitud de suspensión vulnera claramente el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, toda vez que tal ejecución “puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión”³². La transcendencia práctica de este fallo para el Derecho sancionador de extranjería es evidente y requiere un estudio pormenorizado que pretendemos abordar en otro lugar, en función de las limitaciones de espacio inherentes a la presente obra colectiva.

6. El art. 29.1º LEx debe ponerse en relación con el art. 53.2º CE que dispone que cualquier ciudadano podrá recabar la protección y tutela de los Tribunales ordinarios o en su caso, del recurso de amparo ante el T.C. Se establece pues, al margen de la interposición en su momento del correspondiente recurso de amparo que hoy no ofrece discusión en el ámbito de la extranjería³³, una vía alternativa al recurso

³¹. Acerca del procedimiento sancionador y el régimen de recursos administrativos que pueden utilizarse en el ámbito de la extranjería *Vid.* F. Alonso Pérez, *Régimen jurídico del extranjero...*, op. cit., pp. 205-227.

³². *BJC*, nº 182, 1996, pp. 47-52. *Vid.* los comentarios de P. González Salinas, “El retorno a la suspensión de la ejecución de la sanción no firme y la necesidad de resolver sobre la petición de suspensión (Sent. T.C. 78/1996, de 20 de mayo)”, *REDA*, nº 92, 1996, pp. 641-650.

³³. *Vid.* E. Pérez Vera, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 126; F. Castedo Álvarez, “El recurso de amparo constitucional”, *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Madrid, IEF, 1981, p. 193 (si bien limitando el derecho a los condicionamientos trazados por el art. 13 CE); A.L. Calvo Caravaca y F. Castillo Rigabert, “El extranjero ante el recurso constitucional de amparo”, *La Ley*, nº 397,

ordinario contencioso-administrativo cual es la de la protección jurisdiccional que ofrecía la Ley 62/1978, de 26 de diciembre (en la actualidad, los arts. 114 ss. de la LRJCA), también extensible, por descontado, a los extranjeros³⁴, calificado acertadamente como una especie de “interdicto administrativo”³⁵, inspirado en los principios de urgencia y sumariedad y caracterizado, hasta la fecha, por la facilitación de la suspensión del acto impugnado³⁶. Se trataba, indudablemente, de la aportación más importante de la Ley 62/78 frente a la regulación contenida en la LJCA, al establecer la suspensión del acto impugnado, entendida como regla general salvo excepciones fundadas en el interés público; con ello se pretendía equiparar la posición del individuo frente a los poderes públicos evitando una situación de permanente subordinación³⁷. Lamentablemente esta singularidad en orden a la suspensión, que invertía la regla existente en el procedimiento contencioso-administrativo ordinario³⁸ ha sido suprimida por la LRJCA de 1998, que dentro de las “Disposiciones comunes” a ambos procedimientos, incluye en sus arts. 129 y ss. similar régimen de medidas cautelares y, en concreto, en materia de suspensión. Pese a ciertas opiniones favorables a dicho tratamiento unificado³⁹, no parece que la desaparición de la regla específica contenida en el art. 7 de la Ley 62/78 deba celebrarse en el capítulo relativos a los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en España.

Porque, no hay que olvidarlo, estamos ante un procedimiento especial que aunque está sujeto por entero al Derecho administrativo, no implica el análisis de las

1982, pp. 1-4; *id.* “Mecanismos de control: el extranjero en el recurso de amparo”, *REDI*, 1984, pp. 601-606; este último trabajo contiene un comentario a la Sent. T.C. 11/1983, de 21 de febrero, en el asunto “Korkala” (*BOE*, 23-III-83) y a la Sent. T.C. 43/1983, de 20 de mayo (*BOE*, 17-VI-83). .

³⁴. Pese a la existencia de una jurisprudencia contradictoria y confusa (*Vid.* las observaciones de M. Fernández Fernández, *REDI*, vol. XXXVI, 1984, pp. 610-611), este procedimiento fue utilizado con éxito incluso durante la vigencia del Decreto 522/1974, de 14 de febrero, declarándose improcedente la expulsión de un extranjero por considerar que las actuaciones previas vulneraban el principio de presunción de inocencia establecido en el art. 24 CE [Sent. T.S. (Sala 4ª) de 3 de julio de 1980, *RAJ*, 1980, nº 3404]. Otro planteamiento digno de destacar es el contenido en la Sent. Aud. Territ. de Oviedo, de 20 de abril de 1983, ponente: J. Barrio Iglesias (*RGD*, nº 474, 1984, pp. 539-541).

³⁵. *Cf.* R. Parada, *Derecho administrativo*, I, *Parte general*, 6ª ed., Madrid, M. Pons, 1994, p. 739.

³⁶. *Vid.* la Disp. Transitoria, 2ª, 2 LOTC en orden a la vía judicial previa para la interposición del recurso de amparo.

³⁷. *Vid.* M. Carrillo, *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*, Madrid, CEC, 1995, pp. 39 ss.

³⁸. *Vid.* sobre el particular nuestro trabajo, “La suspensión de la actividad sancionadora de la Administración en materia de extranjería ante la jurisdicción contencioso-administrativa” (en prensa).

³⁹. *Cf.* F.C. Sañz de Robles, “Comentarios a la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *La Ley*, nº 4637, 1998, p. 2.

cuestiones propias de la legalidad ordinaria, que quedan excluidas, y cuyo único objetivo es establecer si el acto de la Administración impugnado infringe el contenido constitucional de ciertos derechos y libertades públicas (a los que nos referiremos más abajo) establecidos por la Constitución. Se trata de un proceso caracterizado por su naturaleza preferente, el carácter más breve y simplificado de sus trámites y porque el acto objeto del recurso solamente puede referirse a la violación de una serie de derechos fundamentales previamente establecidos⁴⁰. Habida cuenta que en el Derecho sancionador de extranjería este procedimiento aparece junto al contencioso ordinario es menester señalar su ámbito y sus eventuales compatibilidades. Sin duda el alcance de la violación a un derecho fundamental contemplado es el elemento que marca la diferente acción de estos instrumentos. Así, si existen materias dentro del acto impugnado que son propias de la legalidad ordinaria, deben sustanciarse por la vía del recurso ordinario, pero este último no impide que puedan también alegarse la eventual infracción de un derecho fundamental y, de esta suerte, constituir una vía previa válida para la interposición de un eventual recurso de amparo ante el T.C.⁴¹

7. Como se ha advertido, el cauce del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona sólo se pone en marcha si el acto administrativo recurrido ha vulnerado el contenido esencial de alguno de los derechos fundamentales susceptibles de amparo ordinario, es decir, aquéllos a los que se refiere el art. 53.2º C.E. (art. 6.1º Ley 62/1978, en relación con la Disp. Trans. 2ª.2 LOTC y art. 114.1º de la LRJCE de 1998), es decir, los previstos en el art. 14 y en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución (arts. 19 a 29), así como a la objeción conciencia del art. 30, lo que reduce ampliamente su ámbito de eficacia⁴². Por ello su aplicación al ámbito del Derecho sancionador de la extranjería ha entrañado, en un principio, una limitación de base, por más que el Decreto

⁴⁰. Acerca de las características de este especial procedimiento resulta obligado referirse a la Sent. T.C. 84/1987, de 28 de mayo (BOE, 25-VI-87).

⁴¹. De conformidad con la decisión del T.C. citada en la nota anterior, “lo que el ordenamiento procesal vigente no contempla ni puede afirmarse que imponga el art. 24.1º CE es la facultad de utilizar sucesivamente una y otra vía del recurso, de manera que pueda formularse de ordinario, una vez desestimado el especial, con independencia del transcurso de los plazos legales de caducidad de la acción”.

⁴². Por ejemplo se considera que el art. 13.1º CE no es “de los que directamente justifican la satisfacción de pretensiones” por el cauce especial y sumario regulado por la Ley 62/1978 y su que interpretación queda sometida al régimen ordinario de control de legalidad de los actos administrativos [Auto T.S. (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 11 de noviembre de 1992, *RAJ*, 1995, nº 9114. *Vid.* en el mismo sentido Sent. T.S.J. de Murcia de 31 de diciembre de 1990, *RGD*, 1990, pp. 9870-9872]. El ámbito de los derechos fundamentales susceptibles de amparo no es pacífico en la doctrina española: *Vid.* por todos, J. Jordano Fraga, *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Madrid, M. Pons, 1997, pp. 55-64.

legislativo 342/1979, de 20 de febrero haya ampliado el ámbito de protección de la ley, entre otros derechos, a la libre circulación por el territorio nacional y a la entrada y salida de España en los términos legales⁴³. Asimismo, se ha considerado que la impugnabilidad de duración indefinida por la vía preferente y sumaria del art. 53.2º CE no se acomodaba a los art. 8.1º y concordantes de la Ley 62/1978. En consecuencia, si la decisión en torno a la impugnación de una sanción en materia de extranjería ha adquirido firmeza en vía jurisdiccional, no es factible reiterarla al amparo de dicha disposición⁴⁴.

La falta de operatividad de este procedimiento, al margen de la eventual vulneración de los principios del procedimiento administrativo sancionador a los que anteriormente nos hemos referido, se refleja en que no puede proyectarse a la actuación administrativa denegatoria de los permisos de trabajo o de residencia o, en su caso, del documento unificado, incluso para trabajar por cuenta propia. En este último supuesto, la alegación del principio de libertad de empresa contenido en el art. 38 CE no puede resultar de recibo por estar excluido del marco de los derechos cuya tutela puede ejercitarse a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. En el resto de los supuestos, tampoco puede resultar de recibo el recurso al art. 10.2º CE sobre cuyo alcance, referido sustancialmente a criterios interpretativos, no resulta oportuno insistir aquí, al margen de ser un precepto que queda fuera de la sistemática aludida. Resta observar la operatividad del art. 13 CE, con independencia de ser una norma que también queda excluido del catálogo de derechos protegidos por este procedimiento. Y en este punto, la remisión a la ley y a los Tratados internacionales que dicho precepto

⁴³. Como muestra baste decir que la negativa de la Administración a expedir el visado no puede impugnarse por los cauces del art. 19.2º CE lo que sí procedería si tratase de la denegación de entrada de un extranjero que poseyese tal documento (Sent. A.N. de 21 de setiembre de 1990, *RGD*, nº 555, 1990, pp. 9128-9130). También, y con mayor alcance, que el acto de denegación del permiso de trabajo o de residencia o el acto de expulsión de un extranjero no conculcan, en principio, el art. 19.1ª CE, pues se considera que tal precepto sólo atañe a los extranjeros legalmente establecidos en España (Sent. A.N. de 23 de marzo de 1991, *RGD*, nº 561, 1991, pp. 5183-5186). Por último, que la solicitud a una extranjera por parte de un Colegio Oficial de odontólogos de la presentación de una serie de documentos tales como copia legitimada notarialmente de la Orden Ministerial de homologación de su título, se considera que no vulnera el art. 14 CE [Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 21 de octubre de 1991, *RAJ*, 1991, nº 7898]. Esta línea se confirma en recientes decisiones: Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 24 de marzo de 1997, *RAJ*, 1997, nº 3096. Asimismo, respecto al eventual recurso a la Ley 62/78 ante una denegación de asilo, el examen a que da lugar este procedimiento especial se restringe a la eventual violación de derechos fundamentales [Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 23 de mayo de 1997, *RAJ*, 1997, nº 4003].

⁴⁴. Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 9ª) de 14 de diciembre de 1989, *RAJ*, 1989, nº 9028.

contiene conduce a considerar los eventuales preceptos infringidos por la Administración desde el ángulo exclusivo de la legalidad ordinaria, por lo que deben quedar fuera del marco que ahora examinamos⁴⁵.

8. Las limitaciones antedichas han experimentado, sin embargo, una profunda inflexión por obra de la jurisprudencia del T.C. al extender a los extranjeros el derecho fundamental del art. 19 C.E. de libre circulación de personas⁴⁶ y restringir el ámbito de la expulsión. El supuesto que dio origen al mencionado cambio arranca de un acuerdo de expulsión de una nacional filipina que en el momento de iniciarse el expediente contaba con permiso de residencia y había solicitado la oportuna renovación, circunstancia que motivó el inicio de la medida de expulsión. Agotada la vía administrativa y recurrida la decisión, la A.N. procedió a estimarla dejándola sin efecto, sin embargo, interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado el T.S. lo estimó revocando la sentencia apelada⁴⁷. Entre los motivos, se señalaba con el art. 19 CE sólo era aplicable a los españoles, admitiéndose la tesis de que dicho precepto no guardaba relación con el caso que se planteaba. Solicitado el amparo se opuso el Ministerio Fiscal con cita en el Auto T.C. 182/1985 según el cual el art. 19 CE, no puede servir de apoyo para fundamentar una pretensión de amparo en relación con la expulsión de un extranjero, pues dicha medida solo afecta al art. 13 CE y, en consecuencia, es ajena a este ámbito de protección constitucional. Sin embargo, frente a estas construcciones, y apoyándose en la Sent. T.C. 107/1984, de 23 de noviembre⁴⁸, para extender la libertad de residencia y desplazamiento a españoles y a extranjeros, la Sent. T.C. 94/1993, de 22 de marzo, admitió el amparo entendiendo que la decisión de expulsar a una persona del territorio nacional, prohibiendo su regreso por un determinado período de tiempo, afecta a la libertad de circulación que contempla el referido art. 19 CE, pudiendo vulnerarse o no según el caso concreto. En particular, en el examinado, la circunstancia de hallarse la recurrente legalmente en España fue definitiva afirmando el T.C. que “la Administración no puede expulsar por carecer de la documentación preceptiva a quien ha instando su expedición sin haber resuelto previamente si tiene derecho o no

⁴⁵. Sent. T.S.J. de Murcia de 31 de diciembre de 1990, *RGD*, 1991, pp. 9870-9872.

⁴⁶. Este planteamiento fue defendido con anterioridad a la doctrina sentada por el T.C. por J.L. Piñar Mañas, “El derecho a la libertad de residencia y circulación de los extranjeros en territorio nacional”, *RAP*, nº 93, 1980, pp. 204-207. Con un deficiente apoyo jurisprudencial *Vid.* J. Rodríguez-Drincourt Alvarez, *Los derechos políticos de los extranjeros*, Madrid, Civitas, 1977, pp. 204-206.

⁴⁷. Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 2ª) de 12 de julio de 1989, *RAJ*, 1989, nº 5350.

⁴⁸. *BOE*, 21-XII-4 y nota de A. Arce Janáriz y M. Fernández Fernández, *REDI*, vol. XXXVII, 1985, pp. 185-190.

a obtener permiso de residencia, pues de lo contrario vulnera el derecho fundamental del art. 19 CE”⁴⁹.

En definitiva, la concesión del amparo obedeció a que la medida de expulsión fue adoptada prescindiendo por completo de si la recurrente tenía o no derecho a permanecer en España mas, como el propio T.C. reconoce, ello no prejuzga si ésta tiene derecho a residir en España. Es decir, que la extensión del ámbito del art. 19 CE posee un alcance muy reducido en orden a los procedimientos de expulsión⁵⁰, aunque no puedan desdeñarse algunos precedentes en sentido favorable⁵¹, y que, por esta razón, la vía del recurso administrativo ordinario sea mucho más utilizada en la materia que estamos estudiando. No obstante esto, la Circular nº 1/1994 del Fiscal General del Estado, sobre intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España, ha supuesto una revitalización de este especial cauce procedimental de la Ley 62/1978 (en la actualidad arts. 114 y ss. de la LRJCA de 1998) al entender revisables por los Tribunales dentro de ese marco “las resoluciones gubernativas de expulsión de un extranjero”; y al insistir en el papel del Ministerio Fiscal que, “en su función garantista, ha de velar *ex art.* 124.1º CE y 1º de su Estatuto, por la defensa de los derechos fundamentales de los extranjeros, cuando así proceda, y comprobar si en la sustanciación del expediente gubernativo se han respetado las garantías del art. 24.2º CE, que son extensibles en lo posible a los procedimientos administrativos sancionadores”. Lamentablemente la Circular, pese a su vocación de generalidad y al margen de la referencia expresada, se centra exclusivamente en el orden jurisdiccional penal, tras la adquisición de firmeza de la resolución gubernativa de expulsión, y no vuelve a referirse al papel del Ministerio Fiscal en este especial procedimiento; inclusive, al relatar las funciones que deben desempeñar los nuevos Servicios de Extranjería que se crean por la Circular en determinadas Fiscalías.

⁴⁹. En torno a la suspensión del acto el T.C. entendió que la medida cautelar decretada en su día por los Tribunales contencioso administrativos impidió que las irregularidades sumieran a la apelante en una situación material de indefensión (*BOE*, 27-IV-93).

⁵⁰. Esta línea restrictiva se confirma en la jurisprudencia del T.S. al no considerar que el art. 19 pueda ser objeto del amparo judicial de la Ley 62/1978 cuando el sujeto objeto de la medida de expulsión hubiese tenido la posibilidad de solicitar el permiso de residencia e, incluso, tuviese especiales expectativas por estar, por ejemplo, casado con una española [Sentencias T.S. (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 30 de abril de 1993, *RAJ*, 1993, nº 2873 y 2875].

⁵¹. Aunque muy de pasada se ha afirmado la contradicción del art. 19 C.E. con el art. 23.2º REx en un supuesto de voluntad de trabajar en España por cuenta propia, habiendo realizado trámites idóneos para la regularización administrativa [Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 7 de mayo de 1993, *RAJ*, 1993, nº 3578]. *Vid.* una valoración de la jurisprudencia del T.S. al respecto en J.L. Requero Ibáñez, *Extranjería y refugio: práctica contencioso-administrativa*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, pp. 25-29.

9. Centrado el ámbito del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la impugnación de ciertos supuestos de expulsión de extranjeros, se observan también algunos precedentes en un sentido expansivo, aunque excesivamente alambicados, por lo que no nos permiten aventurar una línea aperturista con carácter de generalidad. Se trata de la eventual extensión del art. 14 CE respecto a la concesión de visados que efectuó la Sent. T.S.J. de Andalucía de 30 de marzo de 1990, aunque en un supuesto muy sofisticado. El acto impugnado fue la resolución del Gobierno Civil de Jaén por el que se procedía al archivo de un expediente de autorización para trabajar en España por cuenta ajena solicitado por una italiana, en posesión de un título de odontología, expedido en Argentina y oportunamente homologado en España. La razón de tal actitud descansaba en que se había requerido a la interesada para que en el plazo de diez días presentase el oportuno visado y esta no había cumplido tal exigencia. Recurrido el acto en amparo por eventual violación del art. 14 CE la Administración dio muestras de una total confusión de planos o niveles de extranjería que deben operar de forma autónoma; en esencia extendió a la italiana la exigencia de visado prevista en la normativa general del REx de 1986 y no los preceptos del R.Decreto 1099/786, aplicable a los nacionales de Estados Miembros de las Comunidades Europeas y ello con base en el anexo XXXII de las Actas de Adhesión de España y Portugal que contemplaban un período de transición para determinados aspectos relativos a la libertad de establecimiento, entre ellos, las profesiones de odontología. Admitido el recurso, el T.S.J. de Andalucía procedió a deslindar convenientemente los planos y a dar la razón a la solicitante por considerar vulnerado el principio constitucional de igualdad al exigirse por la Administración el oportuno visado⁵². Como advertimos, se trata de un caso que ofrece pocas posibilidades de proyección a otros sectores del Derecho de extranjería⁵³, pero que evidenciaba que las opciones que ofrece la vía de la Ley 62/1978 aún no habían quedado por completo agotadas. Además el propio T.S. cercenó esta posibilidad al dejar sin efecto la Sentencia de instancia y confirmar la resolución del Gobernador Civil evitando cualquier pronunciamiento sobre el alcance del art. 14 CE en la materia que nos ocupa y volviendo a involucrar, de manera harto

⁵². No obstante el fallo estimó que las actuaciones administrativas debían reponerse al momento inmediatamente anterior a la solicitud de visado, por lo que el expediente archivado tendría que continuar por sus propios trámites (*RGD*, nº 564, 1991, pp. 8535 -8538).

⁵³. La prueba la tenemos en que la Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 21 de octubre de 1991 (*RAJ*, 1991, nº 7898) declaró que el acuerdo del Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de la Primera Región por el que se requería a una extranjera para que presentara determinados documentos, entre ellos copia notarial de la Orden Ministerial de la homologación de su título, al objeto de tramitar una solicitud de colegiación, no había vulnerado el art. 14 CE.

discutible, los diversos planos del Derecho de extranjería para fundamentar su decisión⁵⁴.

La imaginación, en este caso de la A.N., permite proseguir con una eventual ampliación del catálogo, esta vez en relación con el derecho de asilo. Se trata de una situación en la cual un extranjero esté pendiente de la resolución de su solicitud de asilo, al amparo de la Ley 5/84, o pendiente de la resolución del oportuno recurso contencioso ante un acto denegatorio de tal solicitud. En tal caso, el eventual expediente de expulsión es factible de recurso por la vía del procedimiento especial que estamos examinando y el derecho fundamental lesionado podría ampararse en el principio de presunción de inocencia (art. 24.2º CE) y, sobre todo, en el de tipicidad (art. 25.1º CE) al cuestionarse su estatuto en España como demandante, toda vez que la solicitud de asilo le coloca al margen de la situación prevista en el art. 26,1º a) LEx. Es un supuesto hipotético sobre el que reflexionó la Sent. A.N. de 13 de abril de 1991⁵⁵ y que apoya la línea interpretativa que estamos manteniendo pero también de limitado alcance.

10. Con ello venimos a la siguiente conclusión: en el Derecho sancionador de extranjería, el régimen de garantías y de recursos del que disponen los extranjeros sigue descansando preferentemente en el marco trazado por el recurso contencioso ordinario. Y, lo que es más sorprendente, una valoración de la rica jurisprudencia surgida de la Sala 3ª del T.S. muestra un balance muy favorable hacia el quehacer de su Sección 6ª, que en la actualidad ventila los recursos en el procedimiento ordinario, frente a los resultados de su Sección 7ª, a la que hoy incumbe resolver las cuestiones incluidas en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. Sin duda el alcance limitado de este último procedimiento en la materia que nos ocupa puede ser el causante de esta situación, pero la observación de la doctrina jurisprudencial emanada de ambas Salas puede obedecer a otros factores de signo preocupante. El primero se desprende de la propia movilidad de los Magistrados de la Sala 3ª cuando han fallado reiteradamente en contra de las resoluciones emanadas en Ministerio de Interior, dejándolas sin efecto: un simple programa informático en el que se introduzca la doctrina jurisprudencial sectorializada a través de unos pocos campos acaba por individualizar un ponente concreto, una determinada actitud frente al Derecho sancionador de extranjería y una

⁵⁴. Sent. T.S. (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 16 de marzo de 1992, *RAJ*, 1992, nº 2016.

⁵⁵. *RGA*, 1991, pp. 8015-8018.

permanencia más o menos prolongada en una Sección específica. La cuestión, por descontado, es de mucha mayor envergadura y, en consecuencia, sin pretender unirnos a determinadas voces críticas cuyo contenido global nos resistimos a asumir por su excesivo oportunismo, la dejamos simplemente apuntada, aunque resaltando su gravedad. Y, junto a este dato, y sin caer en la tentación de una censura fácil al papel del Abogado del Estado que desconociese el contenido de su propio estatuto orgánico y, por tanto, de sus obligaciones específicas, sí debe denunciarse la pasividad del Ministerio Fiscal en las actuaciones relativas a extranjeros seguidas al amparo del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, pese a las recomendaciones de la Fiscalía General del Estado de los años 1993, 1994 y 1995.

Hace ya diez años, con ocasión de un excelente prólogo a una obra no siempre bien comprendida, por lo que tenía de oposición a una corriente registral que ha salido triunfadora en todas las etapas que se han ido sucediendo dentro de nuestro peculiar proceso de transición democrática, mi maestro J.D. González Campos apuntaba que el Derecho, en efecto, y mucho menos en sectores tan sensibles como el que ahora se examina, “no es sólo ordenación legal que se plasma en las páginas del *BOE*, sino el resultado, mucho más complejo, de una profunda interacción entre el legislador, los jueces y la doctrina científica, al compás de las demandas sociales”. De ahí que los abundantes análisis exegéticos sobre la normativa de extranjería surgida a partir de 1985 tengan escaso o nulo valor en los defensa de los derechos y libertades de los extranjeros en España, como escaso o nulo valor poseen los comentarios parciales, acrílicos e ideológicos de la doctrina de nuestros Tribunales de Justicia. El capítulo de las garantías y los recursos de nuestra ordenación de extranjería ha mostrado bien a las claras la debilidad del legislador de 1985 frente a una reacción masiva de nuestros Tribunales que, a través de la interpretación judicial, han puesto de relieve el carácter insatisfactorio de unas normas y su inadecuación a la realidad social en el tiempo en que nos ha tocado vivir. Por ello, y porque la jurisprudencia española ha sido verdaderamente ejemplar en el sector que estamos examinando (aunque comienzan a percibirse ciertas sombras poco tranquilizadoras), aprovechamos la ocasión para criticar las limitaciones del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona que, a nuestro juicio, debería tener mayor contenido en la defensa de los derechos fundamentales de los extranjeros. Sirvan pues estas líneas para testimoniar nuestra sincera consideración a una larga lista de Magistrados que han desempeñado las funciones que hoy corresponden a la Sección 6ª de la Sala 3ª del T.S. y para animarles a que continúen por la línea emprendida cuando se enfrenten a la aplicación de las nuevas normas sobre la jurisdicción contencioso-administrativa.